
O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS AÇÕES COLETIVAS PARA A TUTELA DE DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

William Santos Ferreira, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor Concursado de Direito Processual Civil e Prática Forense da PUC-SP. Professor Palestrante da Pós-Graduação *Lato Sensu* da PUC-COGAE-SP. Professor de Direito Processual Civil da UNIB e UNICID. Advogado em SP

RESUMO:

O tratamento legislativo dos direitos ou interesses individuais homogêneos, sem sombra de dúvida, foi uma das maiores inovações do nosso ordenamento jurídico neste século, mas trata-se de instituto ainda pouco difundido. Foram, principalmente, estas características que estimularam este estudo. Abre-se o trabalho com a busca de uma exata definição do que vem a ser “*direito individual homogêneo*”, bem como identificando-se as peculiaridades que o diferenciam dos direitos “*coletivos*” (*stricto sensu*) e “*difusos*”. Há uma breve análise de institutos similares: do Direito norte-americano (“*class action*”) e do Direito francês (*Lei Royer*, de 27/12/73); mereceram, ainda, tratamento específico: a legitimação e os problemas em torno do acordo judicial, a atuação do Ministério Público, a competência, a execução, as questões processuais que surgiram com a aplicação do instituto e um especial destaque para a recente Lei nº 9.494/97.

ÍNDICE: 1. Natureza Jurídica; 2. *Class Action*; 3. Abrangência da ação coletiva para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos; 4. Questões em torno da legitimação e do acordo judicial; 5. Atuação do Ministério Público; 6. Ineficácia do veto ao parágrafo único do art. 92; 7. As gravíssimas consequências da “nova” redação do art. 16 da

Lei 7.347/85 e uma proposta de solução; 8. Jurisdição e competência; 9. Ajuizamento da ação e sua publicidade; 10. Sentença, 10.1. Abrangência e efeitos, 10.2. Publicidade; 11. Habilitação e liquidação da sentença; 12. Execução, 12.1. Execução coletiva e competência, 12.2. Execução promovida pelos próprios consumidores ou seus sucessores e a competência, 12.3. Concurso de créditos, 12.4. A *fluid recovery* prevista no art. 100 do CDC; 13. Últimas reflexões; 14. Bibliografia.

1. NATUREZA JURÍDICA

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) veio por extirpar dúvidas inerentes a exata definição dos interesses e direitos: DIFUSOS, COLETIVOS (*“stricto sensu”*) e INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Para tanto no artigo 81 definiu-os.

Serão interesses ou direitos difusos os metaindividuais ou transindividuais que atinjam pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por uma circunstância de fato e cujos interesses ou direitos sejam indivisíveis.

Serão interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) os transindividuais que atinjam um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis que encontram-se ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e cujos direitos ou interesses sejam indivisíveis.

Por estas duas classificações já nos é possível colecionar as características, em síntese apertada, diferenciadoras, bem como a de igualdade.

O traço comum é a indivisibilidade do objeto.

O traço diferenciador é a indeterminação dos titulares nos direitos ou interesses difusos, diversamente ocorrendo nos coletivos propriamente ditos nos quais verifica-se serem seus titulares determinados ou no mínimo determináveis, seja esta determinação através dos titulares ligados entre si por uma relação jurídica base ou então por vínculo jurídico que os une a parte contrária.

Estes dois institutos já eram conhecidos em nosso ordenamento jurídico pátrio, especialmente na Ação Popular (Lei 4.717/65) e na Ação Civil Pública (7.347/85), embora não estivessem tão definidos como atualmente pela promulgação do CDC, bem como seu espectro de atuação era muito restrito.

No entanto, o terceiro instituto, dos direitos ou interesses individuais homogêneos, só recentemente veio por surgir no ordenamento jurídico

co brasileiro. Surgiu com a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989 e trata do âmbito da ação civil pública para reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, legitimou-se o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. O disposto no art. 2º da citada lei determina que a importância determinada na condenação deverá reverter em favor dos investidores lesados, “na proporção dos seus prejuízos”; no § 1º do mesmo artigo regulou-se sobre a habilitação dos beneficiários; e por sua vez no § 2º foi previsto que não havendo habilitação ou dela decaído os beneficiários, a quantia equivalente a estes será recolhida como receita da União¹.

Portanto, não foi o CDC a primeira normatização a respeito dos interesses Individuais Homogêneos, mas foi sim através dele que não só estabeleceu-se sua definição, como também, ampliou-se sobremaneira sua incidência.

A definição exposta no Inciso III do artigo 81 do CDC é singela: “*interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum*”.

Ao que nos parece o legislador sintetizou a conceituação frente a não só existência de tratamento já na doutrina, como também pela própria compreensão que a denominação do instituto nos propicia. Senão vejamos:

Fala-se em direito individual, a primeira característica que se observa é a *divisibilidade do objeto*, em segundo lugar, homogêneo segundo Aurélio Buarque de Holanda: “*cujas partes todas são da mesma natureza*” ou “*cujas partes ou unidades não apresentam ou quase não apresentam desigualdades*”²

³.

Em nossa opinião a adoção da palavra homogêneos foi uma postura muito feliz, pois sintetiza a *mens legis* do instituto, qual seja, são direitos ou interesses que apesar de poderem ser reclamados individualmente, são de tal forma ligados, enfeixados, que podem e devem ter um tratamento especial, mais consentâneo com sua natureza. Trata-se inquestionavelmente da resposta do legislador a ineficácia dos institutos processuais ortodoxos, diante das alterações constantes da sociedade moderna, em especial após as “Grandes Guerras”.

Na década de vinte, na Europa já era detectável o fenômeno da ascensão das massas, decorrente especialmente da revolução industrial⁴.

Na América Latina, em especial no Brasil, este fenômeno ocorreu uma ou duas décadas após a Segunda Guerra Mundial quando ao lado do fenômeno da ascensão de massas, ocorreu um grande fluxo migratório para os grandes centros, criando-se as megalópolis e consequentemente reduzindo-se a qualidade de vida nestes bolsões populacionais. Desta crise gerou-se outra que pode ser detectada pelas sérias dificuldades de acesso à justiça, que portanto passou a ter sua eficiência questionada⁵.

Constata-se que da mesma forma que a sociedade passou da produção artesanal para a produção em série, no processo civil concluiu-se pela imperiosa mutabilidade da ótica meramente individualista para a coletiva, e da fusão destas, surgiu o instituto dos interesses individuais homogêneos.

Arruda Alvim, com a maestria que lhe é peculiar, aponta que “*o Código do Consumidor, em verdade, procurou estabelecer uma correlação ou articulação entre o direito processual e o material (modificando profundamente o direito privado = comercial) preexistente.*”⁶.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos definidos por Barbosa Moreira como “*acidentalmente coletivos*”, apesar de acidentalmente, não deixam de receber tratamento de um Direito Coletivo, não sendo por outro motivo que no CDC encontra-se no Título III, Capítulo II - “*Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos*”. Em primeiro momento o binômio *coletivo-individual* pode parecer uma antinomia, no entanto, um dos grandes avanços do Direito Processual moderno foi justamente esta compatibilização, que trouxe consigo uma série de inovações necessárias à adaptação do nosso ordenamento jurídico. Esta compatibilização propiciada pelo CDC tem como base a palavra *homogêneos*, isto porque só da união de direitos ou interesses individuais que tenham como base uma *origem comum* é que poderemos dizer que estaremos diante de um direito individual homogêneo.

Como dizíamos, *origem comum* é o traço qualificador, identificador da homogeneidade destes direitos. Waldemar Mariz de Oliveira Jr. constata que “*esses direitos e interesses não são mais de caráter simplesmente individual, mas, pelo contrário, apresentam-se como de natureza coletiva, gerando, se desrespeitados ou violados, danos igualmente coletivos*”⁷; e conclui o doutrinador que “*os direitos mencionados não podem mais ser tutelados individualmente, de acordo com a orientação tradicional, em face de ser outra a sua própria natureza jurídica, isto é, porque são eles de caráter coletivo*”⁸.

Constata Vincenzo Vigoriti que “*la class action è uno strumento forgiato per la tutela di situazioni individuali a dimensioni collettive, situazioni che, isolatamente*

*considerate, no avrebbero acceso alla giustizia, per cui davvero l'imposizione di una pesante bardatura garantistica servirebbe solo a comprometterne le aspirazioni di tutela”*⁹.

A diferenciação marcante entre os direitos ou interesses difusos e coletivos e o individual homogêneo reside na DIVISIBILIDADE DO OBJETO, *v. g.*, nada impede que um titular “x” de um direito individual, apesar da existência de uma ação proposta pelo Ministério Público em que se discute direito individual homogêneo (que a “x” também se refere, como a outros titulares do respectivo direito individual), promova individualmente a ação.

Como adverte Nelson Nery Jr.: “a *pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*”¹⁰

A advertência do Doutrinador é de todo procedente, porque de um mesmo FATO podem surgir pretensões que reclamam tutelas diversas. Exemplificando:

Uma indústria que despeja dejetos químicos em um rio, pode originar: a) Uma pretensão a reclamar uma tutela jurisdicional a direitos ou interesses difusos -> dano a toda a coletividade pelo prejuízo causado ao meio ambiente, pleiteando-se reparação pecuniária e a ordem para cessar o ato danoso; b) Uma pretensão a reclamar uma tutela jurisdicional a direito ou interesse coletivo (*stricto sensu*) -> associação dos agricultores locais que requer a suspensão imediata do ato prejudicial à qualidade da água que é pelos agricultores utilizada para irrigação; c) Uma pretensão a reclamar uma tutela jurisdicional a direitos ou interesses individuais homogêneos -> pela mesma associação dos agricultores pleiteando condenação genérica da indústria (para posterior habilitação) frente aos prejuízos sofridos decorrentes da perda das plantações que foram contaminadas; d) E porque não dizer, uma pretensão a reclamar uma tutela jurisdicional a direitos ou interesses individuais -> pleiteada a indenização diretamente pelo próprio agricultor lesado, individualmente considerado.

Nesta análise não podemos deixar de comentar parecer elaborado antes da vigência do CDC, por Luiz Antonio de Andrade no qual discutia-se a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a tutela jurisdicional de interesses individuais de consumidores, mas especificamente, para discussão a respeito da ilegalidade dos aumentos praticados por empresas de seguro de saúde. O parecerista após análise dos limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial da Lei da Ação Civil Pública, conclui pela ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público, demonstrando,

citando Ada Pellegrini Grinover, que no Direito brasileiro não havia, como no Direito norte-americano a *class action*, “*sob âmbito da qual seria de fato possível a proteção judicial de uma pluralidade de interesses individuais semelhantes, por iniciativa de um ou de alguns dos integrantes da classe, investidos de ‘representatividade adequada’, ou de um órgão público*”¹¹. Conclui Luiz Andrade que: “... qualquer tentativa que se empreendesse no sentido de destacar o adjetivo ‘coletivos’ para atribuir-lhe significado equivalente à adoção do instituto semelhante à ‘class action’ estaria, quando menos, nas dificuldades acima apontadas só superáveis por obra do legislador.”¹².

O legislador agora previu respectivo tratamento, a “*class action* brasileira”¹³.

2. CLASS ACTION

Ada Pellegrini Grinover¹⁴ leciona que a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos é uma adaptação brasileira da *class action for damages* americana. Os Estados Unidos trataram a primeira vez do tema, apesar de contornos imprecisos, no *Bill of Peace* do século XVII, tendo sido disciplinada pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, com readaptações pela *Federal Rules* de 1966 (*Rule nº 23*). A tutela judicial naquele ordenamento compreende os interesses e direitos coletivamente tratados, quer se trate de bens indivisivelmente considerados, quer se trate de bens divisíveis e individualizáveis, pertencentes pessoalmente a cada membro da *class*. Desde que reconhecida pelo juiz a *adequacy of representation*, entende-se que a legitimação do autor coletivo é ordinária, agindo no interesse próprio e representando os demais membros da *class*, a denominação utilizada é *real party in interest*¹⁵.

Exemplo clássico citado por Ada Pellegrini Grinover é o Caso Eisen, julgado em 1974 pela Corte Suprema, na qual 3.500.000 operadores da Bolsa de Nova York acionaram por intermédio do Sr. Eisen, agentes que haviam lesado pessoalmente cerca de 6.000.000 de pessoas, impondo-lhes uma sobretaxa ilegal. Invocando as características constitucionais da defesa, considerou-se necessária a citação pessoal dos réus, o que acarretou a desistência do processo. Mas apesar disto - e do rude golpe que a decisão significou para esse tipo de *class action* - o juiz e a Suprema Corte nenhuma dúvida tiveram em reconhecer a admissibilidade da ação como ação de classe¹⁶.

Na França a Lei Royer, de 27 de dezembro de 1973, destinada à

proteção dos consumidores, permite que as associações *de défense* do consumidor pleiteiem a reparação coletiva do dano comum, conferindo-lhe a necessária legitimação. Interessante se notar alguns requisitos desta lei para que se garanta a representatividade das associações: existência jurídica e concreta operatividade por pelo menos um ano, seus objetivos institucionais, um número mínimo de 10.000 associados para fins nacionais e um *número suficiente de membros* para fins locais. Estes requisitos são avaliados pelo Ministério Público e são condições prévias e necessárias para aferir-se a capacidade e legitimação processuais¹⁷. Interessante se notar que os requisitos de legitimação são muito semelhantes aos do artigo 82, inciso IV do CDC que trata justamente da legitimação das associações.

3. ABRANGÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Parece claro que a ação de que tratam os artigos 91 a 100 do CDC refere-se apenas aos casos em que a sentença, apesar de genérica, dará margem a uma condenação pecuniária. Inúmeros são os argumentos favoráveis a esta conclusão:

- a) no artigo 91 menciona-se *“vítimas”, “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”*;
- b) no artigo 95 fala-se em *“caso de procedência do pedido a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”*;
- c) no artigo 96, que foi vetado, previa-se *“a sentença condenatória”*;
- d) no artigo 97 taxativamente previu-se a *“liquidação”*;
- e) no parágrafo único do artigo 97 que foi vetado falava-se em *“liquidação por artigos”* e *“nexo de causalidade, o dano e seu montante”*;
- f) no artigo 98 preconizou-se *“indenizações”*;
- g) no inciso II do § 2º do artigo 98 classificou-se o tipo de ação como *“ação condenatória”*;
- h) no artigo 99 fica claro que o tipo de tutela jurisdicional pleiteada será pecuniária, até pela própria menção a *“concurso de créditos”*;
- i) no artigo 100 constata-se claramente que a solução jurisdicional será pecuniária.

Ao que nos parece, as pretensões das ações em estudo cingir-se-ão a uma pretensão condenatória, isto é, no escopo de possibilitar aos consumidores lesados a obtenção de uma indenização pecuniária. Não se admi-

tirá que nas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos existam pretensões de índole constitutiva, meramente declaratória ou mandamental¹⁸.

Como ressalta Ada Pellegrini Grinover: “A *pretensão processual do autor coletivo, na ação de que trata o presente Capítulo, é de natureza condenatória e condenatória será a sentença que acolher o pedido.*”¹⁹. E também: “*objetivam tais ações a reparação, por ações coletivas, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores...*”²⁰

Há apenas um ponto que deve ser aclarado, trata-se do disposto no Inciso I do artigo 93 que trata da competência, porque neste dispositivo verifica-se uma previsão para competência levando-se em conta o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Ora, em análise precipitada poder-se-ia argumentar que não se tratará apenas de demandas em que o dano tenha ocorrido, e portanto poderia ter caído por terra as argumentações retro-realizadas. Todavia, não é o que ocorre. Analisando-se mais profundamente o dispositivo dele podemos inferir que o escopo é de evitar-se questionamentos a respeito da competência porque como a ação tratará de um número, a princípio, apenas determinável de consumidores, verificar-se-á que poderão estes consumidores no momento exatamente anterior à propositura da ação já terem sofrido o dano ou então estarem na iminência de sofrê-lo, devendo ser levado em conta que a intervenção destes ou de seus sucessores poderá ocorrer em momento muito posterior ao da demanda, no momento da Liquidação (Habilitação). Cumprindo salientar também que se ainda alguma dúvida poderia existir, o que não acreditamos, cingir-se-ia apenas a este dispositivo, frente a que todos os demais, conforme já analisamos, levam a uma conclusão de que a pretensão das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos será de natureza condenatória, em outras palavras, objetiva-se um ressarcimento pecuniário pelos danos auferidos pelos consumidores que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, serão individualmente verificados.

Resta-nos apontar mais uma questão: já que a pretensão será condenatória, só haverá a condenação em obrigação de dar (pecuniária) ou é possível também condenação em obrigação de dar (*lato sensu*) e nas de fazer e não fazer?

Em princípio, por haver capítulo que trata expressamente das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (Capítulo II), da interpretação de seus dispositivos não nos parece ser possível esta

abrangência. Mas devemos levar em conta que o artigo 84 do Capítulo I, das disposições gerais, traz, sem excepcionar, regulamentações para as ações que tenham por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer e estas também decorrem de uma pretensão condenatória.

Ada Pellegrini Grinover em comentário à Lei 7.347/85 afirmava que *“a defesa dos consumidores, coletivamente considerada, ficará portanto naturalmente limitada, pela nova lei (Lei 7.347/85), às ações preventivas, que visem à tutela inibitória, mediante a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer.”*²¹ (parêntesis nosso).

4. QUESTÕES EM TORNO DA LEGITIMAÇÃO E DO ACORDO JUDICIAL

Serão legitimados para propor a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos os legitimados do artigo 82 do CDC.

A legitimação ativa de que trata o art. 91 é extraordinária, pois os legitimados atuam em nome próprio, todavia no interesse alheio. Esta legitimação só é possível porque decorre de expressa disposição legal, já que reza o disposto no artigo 6º do CPC que: *“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”*

Celso Agrícola Barbi preleciona que a legitimação extraordinária recebeu desde Kohler o nome de substituição processual, utilizada também por Chiovenda e pela maioria dos autores modernos²².

Ada Pellegrini Grinover ao comentar o art. 91 do CDC sustenta enfaticamente que o dispositivo trata de legitimação extraordinária a título de substituição processual.

Não nos opomos à correta classificação da doutrinadora de tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária, no entanto ousamos divergir no tocante a ser a título de substituição processual. Na substituição processual como a própria denominação do instituto nos explicita há a “troca”, processualmente falando, do titular do direito pelo legitimado extraordinário. Como adverte Donald Armelin *“... ontologicamente, é impossível a coexistência de substituição, compreendida no sentido supra (efetiva substituição do legitimado ordinário pelo extraordinário), e litisconsórcio com o substituto.”*²³, sendo da mesma opinião Waldemar Mariz de Oliveira e Pontes de Miranda²⁴. Como na ação em estudo o artigo 94 admite este litisconsórcio acreditamos ser imprópria a utilização da terminologia “substituição processual”.

A legitimação conferida pelo art. 91 do CDC é concorrente e disjuntiva. Destas características nos é possível inferir que os legitimados do artigo 82 podem encontrar-se no pólo ativo sozinhos ou conjuntamente.

Como se trata de legitimidade concorrente, como vimos, os demais legitimados extraordinários do artigo 82 que não ingressaram no processo como litisconsortes (art. 94 e art. 5º, § 2º da Lei 7.347), estarão sujeitos à eficácia da decisão judicial⁵.

Na ocorrência do litisconsórcio entre os legitimados do artigo 82, bem como dos consumidores ou seus sucessores que integrarem o pólo ativo na forma do artigo 94 do CDC, este litisconsórcio será facultativo e unitário, *facultativo* porque a legitimação é concorrente e disjuntiva, ou seja, podem (e não *devem*) encontrar-se no pólo ativo; e é *unitário* porque a origem do direito individual homogêneo é comum, sendo sua decisão qualitativa uniforme²⁶. Não é impossível que se verifique a propositura de duas ações possuindo a mesma causa pedir, o mesmo pedido e o mesmo pólo passivo, todavia, não havendo identidade física dos integrantes do pólo ativo destas demandas; nesta hipótese apesar de não ocorrer esta *identidade física*, os legitimados possuem *identidade de função jurídica*, sendo que a situação deverá ser solucionada como hipótese de litispendência²⁷ ou continência (se o objeto de uma ação for mais amplo que o da outra), em suma, nestas hipóteses a diferenciação nominal do pólo ativo não impede o reconhecimento da litispendência ou da continência uma vez que os legitimados ativos, na terminologia proposta por Arruda Alvim, possuem *identidade de função jurídica*.

Uma questão surge do aprofundamento da matéria: *Há viabilidade legal de acordo entre o integrante ou integrantes do pólo passivo e os legitimados do artigo 82?*, em outras palavras: *a legitimação extraordinária conferida pelo art. 91 c/c o art. 82 autoriza que os legitimados acordem com os integrantes do pólo passivo?*

Creemos que a resposta negativa se impõe, principalmente se verificarmos que a pretensão deduzida em juízo é genérica e que na verdade os legitimados apenas e tão somente podem pretender a condenação genérica, já que o direito individual de cada consumidor permanecerá intacto, sendo apenas atingidos: a) se a sentença transitada em julgado lhe for favorável (art. 103, III); b) se o consumidor ou seus sucessores houverem integrado a lide (§ 2º do art. 103); e c) a hipótese do art. 104, *in fine*.

Logo, pela própria DIVISIBILIDADE DO OBJETO que é carac-

terística marcante nos interesses e direitos individuais homogêneos, impossível conferir-se validade ao acordo. Cumprindo salientar que a legitimação extraordinária é única e exclusivamente para deduzir em juízo uma pretensão clamando por uma sentença condenatória genérica e na hipótese de um acordo esta sentença jamais existirá. Como leciona Ada Pellegrini Grinover ao tratar da legitimação e representação para liquidação: “*Tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis.*”²⁸.

A legitimação extraordinária não alcança a esfera individual, ou seja, o direito individual de cada um dos consumidores ou seus sucessores. Os acordos, portanto, só poderão verificar-se na esfera individual e personalizada de cada consumidor lesado ou seus sucessores, sendo que só a estes caberá o ato. A transação é negócio jurídico bilateral em que se tem por escopo pôr fim a um litígio ou então para evitar que ocorra; materializa-se através de concessões recíprocas, logo só atingido-se a esfera individual de cada consumidor é que se torna possível a transação, justamente pela divisibilidade do objeto. Não há, frente às características peculiaríssimas da hipótese tratada, possibilidade de transação pelo legitimado extraordinário, já que, em síntese, sua legitimação apenas atinge a esfera processual²⁹ (e assim mesmo apenas no primeiro momento), não se estendendo, em hipótese nenhuma, a esfera do direito material de cada consumidor.

A impossibilidade da transação pelos legitimados extraordinários envolvendo direitos individuais homogêneos é muito mais clara do que nos direitos difusos e coletivos, já que nos primeiros existem a *divisibilidade* e a *determinação dos titulares do direito material*.

Portanto, acreditamos que não é possível ao legitimado extraordinário a realização de acordo³⁰. Pelos seguintes motivos: duas constatações basilares originarão fundamentações que inviabilizam a ocorrência do acordo tratado:

a) Enquanto tratado como direito individual homogêneo o bem é **DIVISÍVEL, PORÉM NÃO ESTÁ DIVIDIDO**, tanto que Ada explicita que: *a defesa processual dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos é feita de forma indivisível no processo de conhecimento, levando a uma sentença condenatória genérica que reconhece a existência do dano geral e fixa o dever de indenizar*³¹;

b) O titular da ação para defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos **NÃO É O TITULAR DO DIREITO MATERIAL**.

Destas decorrem:

a) O direito é INDISPONÍVEL porque até a sentença condenatória genérica este direito é tratado de forma indivisível, não sendo possível a ocorrência de sua divisão por ato do legitimado extraordinário e MUITO MENOS SUA ATUAÇÃO COMO TITULAR DO DIREITOMATERIAL;

b) Não se reconhece ao legitimado extraordinário o direito a transacionar, porque este ato é exclusivo do titular do direito individualmente considerado já que a transação implica em renúncia parcial ao direito (art. 1027 do CC);

c) Ao legitimado nada mais é possível a não ser a dedução em juízo de uma pretensão condenatória genérica, o que no caso do acordo não ocorreria, pois haveria não só a divisão, como também a extinção do processo com julgamento de mérito porém, sem apreciação da dita pretensão condenatória genérica;

d) a transação produz entre as partes o efeito da coisa julgada (art. 1030) e a irradiação destes efeitos aos titulares do Direito é impossível já que a transação não aproveita nem prejudica senão aqueles que nela intervieram (art. 1031);

e) Qualquer acordo que verse sobre direito individual homogêneo obrigatoriamente teria que atingir os consumidores ou seus sucessores e isto não é possível já que como titulares do direito material estes tem que estar presentes ao ato de acordo, pois sua ausência impede que os efeitos do acordo os atinjam, tanto que mesmo no caso de improcedência ou carência da ação coletiva estes poderão promover ações individuais se não participaram da demanda; e por último,

f) entender-se o contrário é admitir-se a ingerência externa no Direito material de cada consumidor lesado, da qual mesmo que a lei admitisse esta seria inconstitucional, já que se vinculativa, impediria o detentor do Direito material transacionado acesso ao Poder Judiciário, em afronta ao disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

A coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103, III do CDC), ratifica a conclusão a que chegamos, pois como assevera Ada Pellegrini Grinover *“coaduna-se com a natureza da pretensão indenizatória a título individual, não se podendo ocorrer o risco de prejudicar terceiros, que não tiveram oportunidade de integrar o contraditório, mediante sentença que iria afetá-los em seus direitos subjetivos personalíssimos”* ³².

Uma posição conciliadora e pragmática pode ser defendida: o acor-

do é feito com a expressa ressalva que cada consumidor (isto nos direitos individuais homogêneos) poderá postular individualmente seu direito, ou estão optar por “aderir” aos termos do acordo coletivo.

5. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é um dos legitimados para promover ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos³³, quando este não integrar o pólo ativo deverá atuar SEMPRE como fiscal da lei, *ex vi* do disposto no art. 92 do CDC. O objetivo é claramente conferir lisura ao processo, evitando, com sua participação, a adoção de quaisquer medidas, de boa ou má-fé, que venham a prejudicar os consumidores ou ofender a lei.

Ada Pellegrini Grinover reconhece que as ações coletivas reguladas pelos arts. 91 *usque* 100 do CDC: *“são indiscutivelmente de natureza privada; mas existe, assim mesmo um interesse público à correta condução do processo de índole meta-individual, que aconselha a técnica ora utilizada”*³⁴.

A redação do dispositivo não enseja dúvidas, ou o Ministério Público ajuizará a ação ou atuará como fiscal da lei; inadmissível portanto a duplicidade de atuações. Pela literalidade do artigo (*“atuará sempre...”* - norma cogente) podemos concluir que ao Ministério Público é vedada a integração posterior ao ajuizamento da ação como litisconsorte ativo, neste caso atuará, porém como fiscal da lei.

Frente a independência no exercício de suas funções, nada há que impeça ao Ministério Público, atuando como fiscal da lei, segundo sua liberdade para formação de sua convicção acerca da ação posta em juízo, opor-se a esta, através de razões fundamentadas no interesse público e nos interesses indisponíveis³⁵, seria no mínimo incongruente o M.P. verificando algum aspecto contrário a lei ter que silenciar-se apoiando o pólo ativo a todo custo. Repete-se, atuará nesta hipótese como fiscal da lei e o cumprimento desta deve estar embasado em elementos de convicção concretos, lícitos e não em postura denotadora de parcialidade, sustentar-se o contrário é opor-se a mandamento constitucional expreso, inserto no artigo 127, *caput*.

6. INEFICÁCIA DO VETO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.

Inobstante o veto do parágrafo único do artigo 92, suas disposições permaneceram intactas já que o artigo 113 acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao artigo 5º da Lei 7.347/85 e por sua vez o artigo 90 que restou incólume aos vetos presidenciais reza: “*Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições*”. Como salienta Couture “*um dispositivo legal só adquire sentido em função de todo o conjunto sistemático do direito*.”³⁶. Trata-se aqui de evidente aplicação subsidiária, devendo ser observadas, em caráter complementar, as disposições do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública.

7. AS GRAVÍSSIMAS CONSEQUÊNCIAS DA “NOVA” REDAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 7.347/85 E UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO

A antiga redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública era: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Porém, a Lei 9.494 de 10.09.1997 alterou o art. 16, acrescentando a seguinte restrição: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Como se vê, limitou-se a atividade jurisdicional do julgador da ação civil pública “aos limites de sua competência territorial”.

A intenção nefasta é clara: *pulverizar* as ações coletivas, pois, por exemplo, a decisão de um juiz de Campinas só atingirá aqueles que se encontrem nos limites de sua competência territorial.

Um primeiro problema seria: a dita competência territorial seria vista pela “competência do julgador” (logo, no exemplo, só a Comarca de Campinas) ou pelo órgão que representa (Justiça Estadual, todo Estado de São Paulo)?

Pela literalidade do dispositivo a resposta seria a adoção mais restritiva pois o artigo fala da competência do “órgão prolator”.

Na doutrina fervorosas críticas surgiram à nova redação do artigo

16, vão desde preocupações com decisões conflitantes (pois vários serão os julgadores a analisar a mesma matéria), podendo ser ainda elencadas as seguintes críticas: total desvirtuamento das ações coletivas (cujo elemento essencial é a força da unificação de um número enorme de discussões em um único feito), prejuízo ao Poder Judiciário (pelo maior número de processos tratando do mesmo tema), tratamento tecnicamente inadequado das ações coletivas; e o que é pior: inconstitucionalidade desta nova redação do artigo 16³⁷.

Mas vamos concentrar nossa análise no reflexo do art. 16 na ações envolvendo direitos ou interesses *individuais homogêneos*;

Concordamos com a inconstitucionalidade do dispositivo conforme sustentam os doutrinadores citados, mas ainda para aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, procuraremos comprovar *sua inaplicabilidade as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos com base no Código de Defesa do Consumidor*.

Como já se viu, a intenção do legislador foi claramente limitar, com questionável técnica, *os efeitos* das decisões em ações civis públicas. Porém o artigo 16 rege a ação civil pública, mas a regulamentação *específica* dos direitos individuais homogêneos, especialmente relacionados ao consumidor, encontra-se nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, *e nenhum destes artigos foi alterado*.

Ora, ao tratar da *competência* o artigo 93 reza que ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local: “I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, **quando de âmbito local**; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, **para os danos de âmbito nacional ou regional...**”

Como se comprova, há uma *aparente contradição* entre o artigo 93 (que estabelece a competência de UM JULGADOR para questões até de âmbito nacional!) e do art. 16 (que trata de uma restrição de competência). Ocorre que a norma específica (93, CDC) não pode ser alterada por regulamentação genérica (art. 16, Lei da Ação Civil Pública) daí e porque o artigo aplicável é o 93 do CDC, pois este preconiza que um juiz do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal é competente para questões de âmbito regional e até nacional³⁸, não se podendo olvidar que não haveria razão para o previsto no inciso II do artigo 93 se a decisão do julgador não pudesse ter alcance até nacional, já que é regra básica de interpretação que: *a lei não contém disposições inúteis*.

Diante disto: nas ações envolvendo relações jurídicas reguladas

pelo CDC, mais especificamente sobre direitos individuais homogêneos, mesmo que a nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública não seja considerada inconstitucional, ainda assim, será, para o caso, inaplicável por colidir com o disposto no artigo 93 do CDC, que pelos motivos expostos deve prevalecer.

Como se sabe, quando a relação jurídica for regulada pelo CDC – um microsistema na lição de Nelson Nery Jr. – a Lei da Ação Civil Pública tem *aplicação subsidiária*, o que significa que SUAS NORMAS SÓ SERÃO APLICÁVEIS SE NÃO CONTRARIAREM AS DISPOSIÇÕES DO CDC, conforme expressamente previsto no artigo 90 do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Por sorte (e por descuido legislativo!), mais uma vez pode-se consertar o que seria um gravíssimo retrocesso no tratamento dos direitos individuais homogêneos.

Resta agora apenas torcer para que não reincida o legislador.

8. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

A interpretação do disposto no artigo 93 do CDC traz importantes consequências. Antes de procedermos a sua análise é muito importante que diferenciemos competência e jurisdição.

A palavra jurisdição deriva do latim *juris* e *dicere*, em tradução literal, dizer o direito, trata-se, portanto, do “*Poder encarregado da aplicação das leis aos casos concretos, onde haja lide (jurisdição contenciosa) ou não (jurisdição voluntária)*”³⁹. A concretização da jurisdição se dá através das regras de competência⁴⁰, portanto, “*chama-se competência essa quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos*”⁴¹. Todo órgão (ou órgãos) do Poder Judiciário possui jurisdição, exercendo-a nos limites de sua competência.

O *caput* do artigo 93 do CDC, que trata do processo de conhecimento da ação coletiva para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos tendo como legitimados extraordinários para sua propositura os mencionados no artigo 82 do CDC, estabelece que é competente para a causa a Justiça local (Estadual), ressalvada a competência da Justiça Federal. Esta divisão estabelece uma regra de competência, resta-nos esclarecer qual é o critério de competência. Esta ressalva do dispositivo em análise é mera ratificação do disposto no artigo 109 da Constituição Federal que define como de competência da Justiça Federal as causas em que

a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes. Para Ada Pellegrini Grinover⁴² esta competência é objetiva, assim também entendendo Celso Agrícola Barbi⁴³, mas para a processualista é objetiva em razão da matéria, enquanto que para o doutrinador é objetiva em razão da qualidade das pessoas. Esta divergência não gera maiores consequências já que adotada uma ou outra a competência será objetiva e portanto absoluta, improrrogável.

Concluimos, que a competência estabelecida no *caput* do artigo 93 é absoluta.

Uma vez definida a competência segundo os ditames constitucionais mencionados, devemos averiguar uma outra regra de competência que está prevista nos incisos I e II do art. 93 do CDC. A análise da competência tem dois momentos, o primeiro que irá definir a competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual e o segundo momento que é o que vamos tratar.

O segundo momento de definição de competência é o que determina a competência territorial uma vez que o elemento definidor é o da *extensão do dano*⁴⁴ porque se este for: a) de *âmbito local* será competente o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (Inciso I do art. 93); b) se os danos forem de *âmbito regional ou nacional* será competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (aplicando-se as regras dos artigos 106 e 205 do CPC nos casos de competência concorrente) (Inciso II do art. 93). A lei não explicita o que vem a ser âmbito local, regional e nacional. Mas podemos partir do sistema adotado pela Constituição que é o Federativo formado pela “*união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*” (*caput* do art. 1º da C.F.) do que decorre que “*a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios...*” (*caput* do art. 18 da C.F.). Apreciada esta divisão, podemos concluir que o dano ou sua iminência será de *âmbito local* quando não ultrapassar a esfera de um Município, tanto que a própria Constituição define que o Município é competente para legislar sobre *assuntos de interesse local* (art. 30, I); será de *âmbito regional* quando ultrapassar os limites de um Município, mas não ultrapassar os limites de um Estado; e, por fim, será de *âmbito nacional* quando ocorrerem danos em mais de um Estado da Federação⁴⁵.

A competência aqui é relativa, admitindo-se a prorrogação se não for proposta a exceção declinatória de foro, *ex vi* do disposto no artigo

114 do CPC⁴⁶.

Um equívoco que parcela da doutrina e da jurisprudência têm incorrido nas hipóteses de dano nacional é entender que se um juiz estadual embora possua competência para julgar uma ação coletiva, suas decisões não podem ultrapassar os limites do Estado ao qual pertence⁴⁷. Este equívoco deriva justamente da exata compreensão de jurisdição e competência, uma vez que competente o juiz, suas decisões poderão irradiar-se por todo o território nacional, visto que a jurisdição é uma⁴⁸. A exata compreensão da competência e da jurisdição estão diretamente relacionadas com o sistema Federativo adotado pela Constituição Federal; prova disto é que o foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é competente para o inventário, partilha... (*caput* do art. 96 do CPC), sendo que, *v.g.*, no formal de partilha que se encontre determinado bem situado no Rio de Janeiro-RJ, nesta cidade deverá se proceder a transcrição no Registro de Imóveis local, sendo que o inventário teve curso em Porto Alegre-RS por ser o domicílio do autor da herança. Seguindo-se o entendimento equivocado anteriormente exposto, conduzir-se-ia a conclusão de que deveriam ser ajuizados diversos inventários tantos fossem os Estados em que se encontrassem os bens do *de cuius*, o que evidentemente o Código de Processo Civil expressamente afasta.

9. AJUIZAMENTO DA AÇÃO E SUA PUBLICIDADE

A determinação do artigo 94 do CDC de que proposta a ação deverá ser publicado edital no órgão oficial tem direta correlação com os efeitos da coisa julgada, porque em caso de procedência haverá um condenação genérica para beneficiar todas as vítimas ou seus sucessores (art. 103, III do CDC), a eficácia do julgado se faz *secundum eventum litis*.

Quanto aos requisitos desta citação-edital devem ser aplicados, desde que compatíveis com o CDC, as regras do artigo 232 do Código de Processo Civil⁴⁹; como corretamente aponta Camargo Mancuso serão aplicáveis as normas relativas a afixação de edital na sede do juízo, e os prazos - Incisos II, III e IV do art. 232 do CPC, todavia não serão aplicáveis os dispositivos relativos à advertência quanto à revelia (a eficácia do julgado é *secundum eventum litis*) - Inciso V do art. 232 ou à parte beneficiária da Assistência Judiciária (§ 2º do art. 232)⁵⁰. Esta *comunicação* por edital não impede a ampla divulgação por outros meios por parte dos órgãos de defesa do consumidor, apenas esta divulgação suplementar não é exigida

pelo artigo 94 do CDC.

Esta admissão dos *interessados* de intervirem no processo, segundo o art. 94, se dará na forma de *litisconsórcio*. Ada Pellegrini Grinover ressalva que esta intervenção “a título de *litisconsórcio*, não autoriza os *litisconsortes* a formularem pretensão indenizatória pessoal, pois isso desvirtuaria o objeto do processo coletivo e a natureza da sentença”⁵¹. De todo procedente a ressalva da processualista, uma vez que o processo de conhecimento nesta ação coletiva possui contornos peculiaríssimos, inclusive a sentença (e portanto o pedido deduzido pelo legitimado extraordinário), se procedente, será condenatória genérica (art. 95 do CDC), o que por si só já impede maiores questões sobre a impossibilidade do *interessado* deduzir pretensão indenizatória pessoal. Esta intervenção como *litisconsorte* gera para este interessado a consequência de que será atingido pelos efeitos da coisa julgada, favorável ou não, não podendo posteriormente ajuizar ação a título individual⁵².

Um ponto a doutrina não trata: que o *interessado* não poderá atuar no processo formulando pretensão indenizatória pessoal não há dúvidas, mas e no tocante a aferição da legitimidade deste, em tese, interessado? Com certeza o problema surgirá, pois só intervirá no processo como *litisconsorte* se tiver interesse em que a sentença seja procedente, logo, só se poderá admitir sua integração ao pólo ativo se demonstrar este interesse, em outras palavras, se demonstrar que a sentença condenatória genérica lhe será útil.

Esta exigência de comunicação aos interessados (art. 94 do CDC) foi adaptada para o ordenamento jurídico brasileiro tomando por base o sistema da *class action* norte-americana que tem por regra a exigência de que todos os membros da *class* recebam uma *fair notice* do processo, pois a coisa julgada valerá para todos eles⁵³. No entanto, no sistema norte-americano esta notícia deriva de uma consequência diversa da que ocorre no Brasil, porque na *class action* o membro da *class* que não desejar ser atingido pelos efeitos da sentença deve requerer expressamente (*right to opt out*); a regra é que todos os membros sejam atingidos, qualquer que seja a decisão, daí a necessidade de ciência aos *interessados*.

No procedimento do CDC, o *interessado* que desejar integrar o pólo ativo da demanda deve provar o seu interesse (do que, para o caso, decorrerá a sua legitimidade), porque não se pode admitir que qualquer um que alegue ter interesse seja admitido como *litisconsorte*. Mas, sem dúvida, esta necessidade de comprovação combinada com os direitos

inafastáveis do integrante do pólo passivo ao contraditório e a ampla defesa podem gerar um verdadeiro caos no processo, inviabilizando o seu andamento. Melhor seria o legislador ter impedido a atuação dos *interessados* do que não decorria nenhuma inconstitucionalidade porque não só poderiam ajuizar ações individuais, como também a coisa julgada será *secundum eventum litis e in utilibus* ⁵⁴.

10. SENTENÇA

10.1. Abrangência e Efeitos

Preconiza o artigo 95: “*Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*”.

A pretensão que deve ser externada pelo legitimado extraordinário que propõe a ação coletiva para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos só pode ser almejando uma condenação genérica, porque o artigo 95 do CDC estabelece que em caso de procedência a sentença será condenatória genérica, é porque o pedido formulado por um dos legitimados do artigo 82 será genérico, consequentemente a **causa de pedir** também deverá ser genérica, embora evidentemente respaldada em elementos que permitam o reconhecimento judicial de sua procedência; esclarece Ada Pellegrini Grinover que os danos deverão ser apurados, todavia por amostragem e perícia ⁵⁵.

Como se infere, não haverá um processo cognitivo que apure individualmente todos os danos, o que ocorrerá é inicialmente uma apuração genérica na qual a defesa processual dos direitos individuais homogêneos é feita de forma indivisível, ocasionando um sentença condenatória genérica que reconhece a existência de um dano geral ⁵⁶; posteriormente haverá a habilitação dos consumidores ou seus sucessores ⁵⁷, momento no qual deverão ser provados a existência do dano individual, o nexo de causalidade com o dano genérico apontado na sentença e o montante deste dano. Nesta fase processual, prevista no artigo 97 do CDC, não mais se cuidará de um direito individual homogêneo, mas sim de um direito individual que será apurado não em um mero processo de liquidação nos moldes tradicionais, mas sim em um autêntico processo cognitivo (de habilitação).

Há estreita correlação entre o pedido e a sentença (artigo 440 do CPC), no Código de Defesa do Consumidor ao invés de se determinar que o pedido seria necessariamente de uma condenação genérica, o que

em caso de procedência conduziria a uma sentença condenatória genérica (conforme artigo 460 do CPC), preferiu-se trazer as mesmas consequências só que de forma invertida, isto é, *determinou-se que em caso de procedência, a sentença será condenatória genérica, logo no pedido só poderá se almejar esta condenação genérica*. Chiovenda aponta que *“entre la demanda y la sentencia que la estima, existe una relación de correspondencia, la cual da lugar a una serie de fenómenos que se llaman comúnmente efectos sustantivos de la demanda judicial, o, con más exatitud, efectos del proceso.”*⁵⁸.

O que se pretende demonstrar é que o processo de conhecimento deverá ser julgado sobre este prisma, até mesmo porque a sentença condenatória genérica só será útil àqueles que demonstrarem terem sofrido individualmente o dano, neste momento sim em processo cognitivo exauriente.

O dano efetivamente auferido não será comprovado na execução, mas sim em processo imediatamente precedente que nada mais é do que a dilação probatória exauriente, para que cada consumidor venha a demonstrar a ocorrência de seu prejuízo.

Não podemos deixar de verificar um relevante equívoco terminológico que a jurisprudência vêm incidindo, em acórdão da sexta câmara cível do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁹ afirmou-se, embasando o indeferimento do pedido de condenação, que o *“dano hipotético não pode justificar indenização”*, quando tratamos, no processo de conhecimento, de direitos individuais homogêneos, o que se apura é o dano ocasionado no plano genérico (coletivo) e não sobre *“dano hipotético”*.

Se o dano ocasionado no plano genérico (coletivo) não for comprovado, evidentemente não caberá a procedência do pedido de indenização; não bastará a alegação, o legitimado que ajuíza a ação coletiva deve, no mínimo, realizar prova dos prejuízos por amostragem. O que é importante é se afastar as regras insertas no Código de Processo Civil que não se coadunam com o microsistema do CDC⁶⁰. Cândido Rangel Dinamarco reconhece que a sentença condenatória genérica prevista no artigo 95 do CDC declara que houve lesão a direitos individuais homogêneos, mas, como toda sentença coletiva, não individualizará os sujeitos lesados⁶¹. A sentença condenatória genérica, sob o prisma individual, tem uma *certeza condicionada* ao processo de liquidação que será cognitivo exauriente, uma vez que é neste que o consumidor ou seus sucessores demonstrarão se inserirem, a título individual, como lesados na forma da sentença.

Portanto, a título individual, a certeza será definitivamente demons-

trada na liquidação e a liquidez e a exigibilidade se formarão no processo de liquidação.

A sentença que condena genericamente o pólo passivo “*fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*” (art. 95 do CDC) não significa, como apontado anteriormente, que todos os consumidores fariam jus a indenização, já que só aqueles que lograssem êxito na comprovação do dano, do nexo causal entre o ato do réu e a ocorrência deste dano, e, também, seu montante é que poderiam obter uma sentença condenatória (digamos, específica), e a partir desta promover a execução. Isto tudo sem se falar nas excludentes de responsabilidades, desde que admissíveis, que poderiam ser suscitadas pelo réu.

A sentença condenatória genérica prevista no artigo 95 está condicionada a um procedimento individual no qual sejam cabalmente comprovados todos os requisitos acima tratados, sem o que, sequer pode se argumentar, em última análise e sob a ótica do dano individual, que estaria a sentença dotada de certeza, liquidez e exigibilidade. Cândido Rangel Dinamarco reconhece que a sentença condenatória genérica prevista no artigo 95 do CDC declara que houve lesão a direitos individuais homogêneos, mas, como toda sentença coletiva, não individualizará os sujeitos lesados. Finaliza o doutrinador: “*No tocante a cada um destes (consumidores), portanto, ela (sentença) não contém mais do que a declaração de mera potencialidade lesiva (...) Ao conteúdo mais restrito dessa sentença corresponde o objeto ampliado da liquidação que se lhe segue.*”⁶².

10.2. Publicidade

A publicidade da sentença condenatória genérica é imprescindível para viabilizarem-se as liquidações-habilitações que serão promovidas pelas vítimas ou seus sucessores (art. 97 do CDC). O artigo 96 do CDC que tratava justamente da publicidade da sentença transitada em julgado, foi vetado sob a justificativa de que fazia referência errônea ao artigo 93, quando o correto seria o 94⁶³. Melhor tivesse mantido o equívoco.

Esta lacuna da lei não pode evidentemente impedir a publicidade da sentença, o que além de se inviabilizar o procedimento, estar-se-ia ofendendo o princípio da publicidade dos atos processuais estampado no art. 5º, inciso LX e no art. 94, Inciso IX da Constituição Federal.

A questão da publicidade da sentença condenatória genérica transitada em julgado é imprescindível na análise do *dies a quo* do prazo de um ano para o recolhimento da *fluid recovery* a que menciona o artigo 100 do CDC. Por este motivo vamos abordar com mais profundidade a questão

da publicidade da sentença no item 11.4.

11. HABILITAÇÃO E LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA

Em regra, o processo de liquidação previsto no Código de Processo Civil, o *an debeatur* deve ser comprovado no processo de conhecimento e em processo de liquidação só se discute sobre o *quantum debeatur*. Não se pode interpretar a literalidade do disposto no artigo 97 do CDC que traz a denominação “liquidação”, sem proceder-se a uma interpretação sistemática.

O disposto neste artigo deve ser interpretado em combinação com a integralidade do Capítulo II do Título III do CDC, do que se conclui que a liquidação tratada será mais abrangente que a liquidação por artigos tradicionalmente conhecida⁶⁴, porque “*cada liquidante em processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o “an”), além de quantificá-la (ou seja, o “quantum”).*”⁶⁵.

O artigo 97 admite que a liquidação e execução da sentença sejam promovidas pelos legitimados do art. 82. Mesmo nesta hipótese a liquidação e execução se dará de forma individualizada, sendo que os entes e pessoas enumeradas no art. 92 irão agir em nome das vítimas ou seus sucessores, sendo esta atuação a título de representação e não mais legitimação extraordinária⁶⁶.

Mas após a publicação do edital existe um prazo preclusivo para esta habilitação?

O CDC é omissivo quanto a este prazo. Em razão disto, ao que parece, a solução apontada por Ada Pellegrini Grinover de que o prazo preclusivo não pode ser inferior ao prazo previsto para prescrição da pretensão, é a única capaz de responder ao questionamento supra. Mas esta solução gera sérias consequências no que se refere a *fluid recovery* como adiante trataremos.

Em razão do veto ao parágrafo único do artigo 97 do CDC, não há previsão do foro competente para os processos de liquidação e execução.

Para Ada Pellegrini Grinover deve ser aplicado subsidiariamente o art. 101, I do CDC que reza: “*a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor.*”⁶⁷. Admitindo-se a

propositura da liquidação no domicílio do consumidor.

Bem embasado, Camargo Mancuso aponta que a competência para o processo de liquidação é absoluta e não admite a dissociação entre o processo de conhecimento coletivo e a liquidação individual. Embora reconheça o processualista que a matéria é suscetível de controvérsia⁶⁸.

Não se pode olvidar de que após o ajuizamento do processo de liquidação (habilitação), no qual haverá processo cognitivo exauriente, deverá haver a citação pessoal do demandado, uma vez que pela especificidade do processo formar-se-á uma nova relação processual, o que para sua existência é imprescindível a citação (artigo 214 c/c artigo 215 do Código de Processo Civil).

12. EXECUÇÃO

Nesta fase já foi ultrapassada a habilitação e liquidação individual; sendo que é possível cada credor executar seu crédito ou poderá ser promovida a execução coletiva.

12.1. Execução coletiva e competência

A qualificação coletiva deve ser adequadamente compreendida; coletiva no sentido de que os legitimados do artigo 82 poderão executar os títulos executivos judiciais conjuntamente, todavia serão individualizados⁶⁹ e os credores serão os consumidores ou seus sucessores, não deve ser confundida a execução coletiva do artigo 98 com a *fluid recovery* do artigo 100, ambos do CDC.

No caso de execução coletiva o foro competente é o da ação condenatória, conforme expressamente determina o Inciso II do § 2º do artigo 98 do CDC, devendo ser *ação condenatória* entendida como sinônimo do processo de conhecimento coletivo. A competência aqui não gera maiores dúvidas.

A execução coletiva poderá ser provisória, isto é, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado das sentenças dos processos de liquidação. Esta interpretação decorre da interpretação do § 1º do artigo 98 que determina que a execução coletiva será feita *“com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar **a ocorrência ou não do trânsito em julgado**”*⁷⁰. Se a execução deverá ser instruída com certidão que declare a ocorrência ou não do trânsito em julgado é porque será possível a execução provisória na execução coletiva. Camargo Mancuso ressalva que se o executado é o Poder Público, a sentença não poderá ser executada

da, antes de ser revista em segundo grau, no denominado reexame necessário⁷¹.

12.2. Execução promovida pelos próprios consumidores ou seus sucessores e a competência

A competência na execução promovida pelos próprios consumidores ou seus sucessores pode ser ou do juízo em que teve curso a liquidação ou do juízo em que tramitou a ação condenatória (coletiva). Como se vê, a primeira hipótese fica esvaziada em razão do veto ao parágrafo único do artigo 87⁷², já que segundo Camargo Mancuso há competência funcional por conexão sucessiva entre os foros da ação e da execução (art. 575, II do CPC)⁷³. A não ser que se entenda, como Ada Pellegrini Grinover, que é possível que o processo de liquidação seja ajuizado no domicílio do consumidor.

Resta-nos concluir se é possível ou não a execução provisória da sentença no caso desta ser proposta pelo próprio credor, uma vez que para a ação coletiva a lei foi clara. A execução provisória está atrelada à inexistência do efeito suspensivo quando interposta apelação. A regra é que a apelação tem efeito suspensivo, ressalvadas as enumerações constantes dos incisos do art. 520 do Código de Processo Civil (ou de legislação especial). É verdade que o inciso III do artigo 520 do CPC não confere efeito suspensivo à apelação interposta de sentença que julga a liquidação, porém a liquidação a que se refere o CPC é a liquidação que este próprio diploma legal se refere e que não se coaduna, como já demonstramos, à liquidação do artigo 97 do CDC. Esta liquidação é um autêntico processo cognitivo, em que até as partes são diversas do processo coletivo. Da inaplicabilidade do inciso III do artigo 520 do CPC combinada com a omissão do CDC podemos concluir que não poderá haver execução provisória na hipótese de execução promovida pelo próprio credor do título executivo judicial. Prova disto é que o parágrafo único do artigo 99 do CDC determina que a importância recolhida ao Fundo (art. 13 da LACP) ficará sustada enquanto pendentes de decisão em segundo grau as ações de indenização pelos danos individualmente sofridos.

12.3. Concurso de Créditos

O art. 99 do CDC com toda clareza declara a preferência dos créditos decorrentes de indenizações individuais frente aos créditos que se destinam ao Fundo a que menciona o art. 13 da Lei 7.347/85. Todavia, esta preferência se dará nos casos em que se verificar cumulativamente que: a) ambas as “indenizações” tiverem como ponto de igualdade

“o mesmo evento danoso”, ou seja, se entre as indenizações da Lei 7.347 e as individuais verificar-se a conexão pela causa de pedir⁷⁴; b) como se fala “em créditos” obrigatoriamente deverão os credores (ou legitimados para cobrança do crédito), devido a esta qualificação, estarem com seu crédito embasado em um título executivo judicial, que como vimos, só poderá ser executado após o trânsito em julgado da sentença que o constituiu ou após o julgamento da apelação nos casos em que os recursos contra esta decisão não sejam dotados de efeito suspensivo, e só a partir de um destes momentos é que se poderá falar em concurso de créditos.

O parágrafo único do art. 99 determina que a importância recolhida ao Fundo (art. 13 da LACP) ficará sustada enquanto pendentes de decisão em segundo grau as ações de indenização pelos danos individualmente sofridos, a exceção a esta regra veremos a seguir.

Deste dispositivo podemos concluir que sua aplicação ocorrerá quando verificados concomitantemente os seguintes requisitos: a) já existir um crédito satisfeito na ação que trata do bem indivisível; b) existirem em andamento ações de indenização a danos individuais que ainda não possuam decisões em segundo grau. Estas ações são: ou as denominadas liquidações (habilitações) do art. 97, ou as ações propostas individualmente pelos consumidores ou seus sucessores, nos moldes tradicionais do Código de Processo Civil. Esta análise é decorrente da literalidade do parágrafo único do art. 99 que trata das ações pelos “danos individuais”, portanto, pessoalmente sofridos, individualizados; c) verificar-se a conexão das ações pela identidade da *causa petendi*; d) constatar-se, de maneira inequívoca, que o patrimônio do devedor é invariavelmente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Todas estas exigências se coadunam com o espírito do CDC de privilegiar o dano individual do consumidor. Cumprindo salientar-se que a mera existência de uma ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, enquanto processo de conhecimento, não tem incidência o disposto no art. 99, já que este incide nos casos de existência de processo de conhecimento de danos já individualmente considerados.

Uma questão de índole eminentemente pragmática: Em um país de dimensões continentais como o Brasil, sem um sistema de centralização de informações do Poder Judiciário, como se constatar a existência de ditas ações individuais quando o dano for de âmbito nacional?

Poderia se imaginar, em análise precipitada, que basta a comprova-

ção que o patrimônio do devedor é suficiente para responder pela integralidade das dívidas, o que por si só possibilitaria a não incidência do regramento estampado no parágrafo único do art. 99. Mas o problema continua, ou até mais agravado, já que se a mera constatação das ações individuais é praticamente impossível (principalmente se o dano extravar o âmbito regional), o que se dirá dos valores nelas pleiteados. A única forma de propiciar-se a não incidência do regramento é a prova negativa, ou seja, a não ocorrência de um dos requisitos acima previstos.

12.4. A *Fluid Recovery* prevista no art. 100 do CDC

Segundo o artigo 100 do CDC: *“Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legítimos do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único - O produto da indenização reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”* Algumas importantes questões surgem da análise do dispositivo.

A primeira é no tocante ao início do prazo de 1 (um) ano preconizado no art. 100. Na realidade a interpretação tornou-se complexa porque o art. 96 foi vetado e este estabelecia que transitada em julgado a sentença condenatória genérica seria publicado um edital. Inobstante o veto, inafastável a imprescindível comunicação da decisão condenatória genérica e esta deverá observar uma interpretação sistemática do CDC combinada com atividade de interpretação analógica dos dispositivos do Código de Processo Civil (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Segundo Ada Pellegrini Grinover⁷⁵ e Camargo Mancuso⁷⁶ a solução seria a adoção da notícia via edital. Embora ambos os doutrinadores concordem com a forma de publicidade (edital), estes discordam na forma pela qual esta será realizada.

a) Para Ada deve-se aplicar por analogia o art. 94 do CDC e o art. 5º, LX e 94, IX ambos da CF⁷⁷.

b) Para Mancuso⁷⁸ deve se aplicar os artigos 652 e seguintes do CPC (edital em execução) e prazo de 30 dias (ou 60 art. 15 da Lei 4.347/85), finda a dilação assinada pelo juiz no prazo (art. 241, III e 184, § 2º do CPC) iniciar-se-ia o prazo do art. 100 de um ano.

Ao que nos parece, o correto seria uma conjugação das duas soluções, vejamos: a) No tocante a opção por edital razão assiste a doutrinadora, já que o art. 94 do CDC aclara o que este diploma entende como meio hábil para a comunicação aos consumidores ou seus sucessores, logo, a princípio, aplicável ao caso, o edital, sob o emprego de analogia do art. 94,

já que a utilização desta decorre de encontrar-se para o caso de omissão legal um dispositivo do ordenamento jurídico que mais se coaduna com o necessário suprimimento da lacuna, sendo que o meio mais adequado de obtê-la, sendo possível, é o emprego da analogia dos dispositivos insertos no próprio diploma em se encontra a omissão⁷⁹; b) No tocante à questão dos prazos para incidência do *dies a quo* do art. 100, acreditamos adequada a solução preconizada por Mancuso, que consiste na previsão pelo juiz de um prazo após a publicação do edital (arts. 241, III e 184, § 2º do CPC), findo este iniciar-se-ia o prazo de um ano do art. 100; c) Não conseguimos vislumbrar no presente caso a necessidade do prazo de 30 ou 60 dias proposto por Mancuso entre a sentença e a realização dos editais. Acreditamos, porém, plenamente aplicável, por analogia, as disposições do art. 232 do CPC que rege a citação por edital, evidentemente com as adequações necessárias; d) por último, não podemos olvidar a ressalva de Ada sobre a orientação constitucional inserta nos arts. 5º, LX e 94, IX de que cabe ao juiz dar efetiva aplicação ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Na *class action* norte-americana, exige-se, desde que possível (mesmo que difícil), a comunicação direta a todos os membros da *class*, em casos especiais a comunicação é admitida por correio, e raramente por editais, tudo embasado no princípio do *due process of law*⁸⁰. É claro que a comunicação se deve às especificidades deste sistema, por exemplo, o membro da *class* se avisado e não pedir seu desligamento (*opt out*) ele será atingido pelos efeitos da decisão da ação coletiva. Em que pese a especificidade do sistema, conclui-se, no mínimo, necessária uma reflexão sobre a eficiência da comunicação por edital, bem como sua possibilidade de aplicação frente à ausência de regramento específico do CDC e também sobre os princípios constitucionais, principalmente se levarmos em conta que a comunicação por edital é uma “ficção jurídica” e como tal pode eventualmente ser aceita apenas nos casos em que a lei expressamente a autoriza, o que não ocorreria no caso do disposto no art. 100 do CDC⁸¹.

Outra disposição a ser analisada é qual a compreensão do que vem a ser “*sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano*”. Sem dúvida, caberá ao magistrado a verificação que poderá decorrer de pedido fundamentado de um dos legitimados do art. 82, sendo que somente após a decisão judicial que reconheça a ocorrência da hipótese preconizada no *caput* do art. 100 do CDC é que se procederá a liquidação

e a execução da “indenização devida”.

Sobre este tema Ada, com a maestria que lhe é peculiar, aponta: “Assim o juiz deverá proceder à avaliação e quantificação dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos. Avulta aqui, sua “defining function” e seus poderes se tornam mais amplos”⁸².

José Geraldo Brito Filomeno traz ilustrativo exemplo: Uma fábrica vendia latas que deveriam possuir 1 litro de óleo, mas que só possuíam 900 ml. Não havendo um número de interessados compatível, haverá uma aferição de quantas latas foram produzidas, e portanto desta constatação proceder-se-á a cálculos aritméticos de qual o valor total dos danos causados, deste abater-se-á as indenizações individualmente pagas, e o que remanescer será revertido ao Fundo⁸³.

Waldemar Mariz de Oliveira Júnior⁸⁴ cita exemplo de uma *class action* sobre um posto de gasolina que praticava um preço superior ao de tabela. Um dos lesados intentou uma ação contra o posto, ao final julgada procedente, mas houve uma condenação totalmente inusitada, o posto foi compelido a fornecer gasolina gratuitamente, até atingir a exata quantidade que vendera acima da tabela.

Neste caso, acreditamos que é inaplicável o exemplo retro ao sistema brasileiro, já que por se tratar de reconhecida hipótese de pretensão que exterioriza a proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos o CDC é taxativo em determinar que na inexistência da habilitação dos interessados “em número compatível com a gravidade do dano” a *fluid recovery* “reverterá” (norma cogente) ao Fundo criado pela Lei 7.347/85. Portanto, a determinação é obrigatória, não admitindo qualquer grau de discricionariedade.

13. ÚLTIMAS REFLEXÕES

O tratamento legislativo dos direitos ou interesses individuais homogêneos sem sombra de dúvida foi uma das maiores inovações do nosso ordenamento jurídico. Trata-se de instituto ainda pouco difundido entre os profissionais do Direito, que dirá entre toda a população. Se a exata compreensão dos direitos difusos e coletivos apresenta-se ainda distante do ideal, o que apressadamente se almejar em relação a um instituto que foi criado pelo binômio coletivo-individual?

Mas o fenômeno mais importante foi sua criação, rompendo-se sérias barreiras à sua positivação. Os percalços que surgiram e que ainda

certamente surgirão para aplicação dos postulados relacionados aos direitos individuais homogêneos não poderão ser vistos como empecilho a sua efetiva aplicação, mas sim como o caminho para sua adequada compreensão, que só seu tratamento diuturno será capaz de propiciar.

Ao se propalar a coragem na aplicação do novo, não devemos nos cegar, como orienta o eminente jurista Mauro Cappelletti: “*Ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não podemos ignorar seus riscos e limitações... É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais.*”⁸⁵.

Todavia, apesar de dever ser observada a ressalva de Cappelletti, os aplicadores do Direito não podem se acomodar em aplicações preconcebidas que não guardam correlação com este vanguardista instituto; não podem, pois, se utilizar de preceitos seculares construídos com base na *inspiração individualista radical*⁸⁶.

O novo em um primeiro momento gera temor, dúvidas em sua aplicação, mas estes devem ser extirpados do espírito do aplicador do Direito e em seu lugar deve-se inserir a paixão pelo novo, assimilado-se todo o entusiasmo que pode originar a vontade de se *romper barreiras*.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Os Direitos dos Consumidores*; Livraria Almedina; Coimbra; 1982.

ALMEIDA, João Batista de; *A Proteção Jurídica do Consumidor*; 1ª edição; Editora Saraiva; São Paulo; 1993.

ANDRADE, Luiz Antônio de; “*Interesses Difusos ou Coletivos - Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Proteção aos Consumidores*”; in RT 648, pp. 08 e ss.; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1989.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; *Teoria Geral do Processo*; et. alli; 10ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 1994.

ARMELIN, Donald; *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de; “*Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao Lado do Direito Material*”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 2; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo.

Manual de Direito Processual Civil, Vol. II; 3ª edição; Editora Revista dos

Tribunais; São Paulo; 1986.

Tratado de Direito Processual Civil; Vol. 1; Editora Revista dos Tribunais; 2ª edição; São Paulo; 1990.

BARBI, Celso Agrícola; *Comentários ao Código de Processo Civil*; Vol. I; 8ª edição; Editora Forense; Rio de Janeiro; 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos; “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos, et. alli*; 1ª edição; Editora Max Limonad; São Paulo; 1984.

BOJART, Luiz Eduardo Guimarães, “Ação Civil Pública: Limitação ou Controle Constitucional? Limitação.”, in CD-ROM – Revista Jurídica – Consulex 97 (jan/dez), Brasília, 1997.

BOURGOIGNIE, Thierry; “O Conceito Jurídico de Consumidor”; in *Revista de Direito do Consumidor*; Vol. 2; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo.

BULGARELLI, Waldírio; “A Tutela do consumidor na Jurisprudência Brasileira e “de lege ferenda”; in *A Tutela dos Interesses Difusos, et. alli*; 1ª edição; Editora Max Limonad; São Paulo; 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; e Bryant Garth; *Acesso à Justiça*; tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet; Sérgio Antonio Fabris Editor; Porto Alegre; 1988; original de 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Vol. I; Tradução do italiano e notas de Direito Espanhol por E. Gomez Orbaneja; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1954.

COUTURE, Eduardo J.; *Interpretação das Leis Processuais* - Tradução para o português de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano; 2ª edição; Editora Forense; Rio de Janeiro; 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel; *Execução Civil*; 3ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 1993.

Teoria Geral do Processo; et. alli; 10ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 1994.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo; *Proteção ao Consumidor*; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1993.

FERREIRA, William Santos; “Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 10, pp. 77/96, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

“Surfista Ferroviário - Indenização” - Jurisprudência Comentada, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 10, 229/243, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

“Arrendamento Mercantil - “Leasing” - Art. 53 do CDC” - Jurisprudência Comentada, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 11, pp. 196/207, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

“Estacionamento - Roubo de veículo - Força Maior” - Jurisprudência Comentada, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 11, pp. 212/217, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

“Ação Civil Pública - Prazo de instalação de telefones - Multa - CDC” - Jurisprudência Comentada, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 16, pp. 129/139, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

“Ação Civil Pública - Contribuinte e consumidor - Distinção - Ilegitimidade ativa “ad causam” - Jurisprudência Comentada, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 16, pp. 160/169, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

“Medidas Cautelares para dar Efeito Suspensivo a Recurso e para Obstar Efeitos da Decisão Rescindenda” - in *Revista de Processo* nº 77, pp. 149-163, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

GARTH, Bryant; e Mauro Cappelletti, *Acesso à Justiça*; tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet; Sérgio Antonio Fabris Editor; Porto Alegre; 1988; original de 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - diversos autores; 1ª edição; Editora Forense Universitária; Rio de Janeiro; 1991.

Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição de 1988; Forense Universitária; 2ª edição; Rio de Janeiro; 1990.———

“Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”; in *Revista de Direito do Consumidor*; Vol. 5; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo.

“A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Comparado”; in *A Tutela dos Interesses Difusos*, et. alli; 1ª edição; Editora Max Limonad; São Paulo; 1984.

“A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 5; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1993.

Teoria Geral do Processo, et. alli; 10ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 1994.

L'HEUREUX, Nicole; “Acesso Eficaz a Justiça”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 5; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* - diversos autores -; Editora Saraiva; São Paulo; 1991.

Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir; 2ª edição; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1991.

Ação Civil Pública; 2ª edição; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1992.

“Defesa do Consumidor: Reflexões Acerca da Eventual Concomitância de Ações Coletivas e Individuais”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 2; Revista dos Tribunais; São Paulo; 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro; *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*; 3ª edição; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1991.

MAXIMILIANO, Carlos; *Hermenêutica e Aplicação do Direito*; 12ª edição; Editora Forense; Rio de Janeiro; 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do; *Comentários ao Código do Consumidor*; 2ª edição; Editora AIDE; Rio de Janeiro; 1991.

NERY JUNIOR., Nelson; “Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 1; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo.

“Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 3; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1992.

Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 1ª edição; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1992.

OLIVEIRA, Francisco Antonio; “Da Ação Civil Pública: Instrumento de Cidadania – Inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997.”, in RT 744, Editora Revista dos Tribunais, pp. 31 e seguintes, São Paulo, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de; “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos”; in *A Tutela dos Interesses Difusos, et. alli*; 1ª edição; Editora Max Limonad; São Paulo; 1984.

OTHON SIDOU, J.M.; *Proteção ao Consumidor*, Editora Forense; 1ª edição; Rio de Janeiro; 1977.

STIGLITZ, Gabriel A.; *Protección Jurídica Del Consumidor*, 2ª edição; Ed. Depalma; Buenos Aires; 1990.

STUCCHI, Gisele Beltrame; “Transação Relativa Aos Direitos Decorrentes do Código de Defesa do Consumidor”; in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e; “Class Action” e Mandado de Segurança Coletiva; Editora Saraiva; São Paulo; 1990.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; “A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade.”, in RT 745, Editora Revista dos Tribunais, pp. 67 e seguintes, São Paulo, 1997.

VIGORITI, Vincenzo; *Interessi Collettivi e Processo - la legittimazione ad agire*, Milano; Giuffrè; 1979.

WATANABE, Kazuo; “Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação para Agir”; in *A Tutela dos Interesses Difusos, et. alli*; 1ª edição; Editora Max Limonad; São Paulo; 1984.

¹ Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado, pp. 542/543.

² Dicionário Aurélio Eletrônico.

³ Esta fundamentação etimológica também é realizada por Maria Antonieta Zanardo Donato, *Proteção ao Consumidor*, pp. 180/181.

⁴ Arruda Alvim “Anotações Sobre as perplexidades e os caminhos do pro-

cesso civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material", in *Revista de Direito do Consumidor* nº 2, pp. 78/79.

⁵ Arruda Alvim, op. cit., pp. 79/83.

⁶ Op. cit., p. 85.

⁷ "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos", in *Tutela dos Interesses Difusos*, p. 10.

⁸ Idem, Ibidem, p. 11.

⁹ *Interessi Collettivi e Processo - la legittimazione ad agire*, p. 276.

¹⁰ "Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor* nº 1, p. 202.

¹¹ "Interesses Difusos ou Coletivos - Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Proteção a Consumidores", in *RT* 648/11.

¹² Op. cit., p. 12.

¹³ A denominação é apenas ilustrativa já que o sistema brasileiro é muito diferente do sistema norte-americano.

¹⁴ Op. cit., pp. 538/543.

¹⁵ Vigoriti, "*Interessi collettivi e processo*", apud Ada Pellegrini Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Comparado", in *A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 80.

¹⁶ Op. cit., pp. 540.

¹⁷ Ada Pellegrini Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Comparado", in *A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 82.

¹⁸ Mas não se pode olvidar que tais pretensões desde que tratem de direitos difusos e coletivos ("stricto sensu") poderão ser deduzidas em juízo pelos legitimados do art. 82. Aproveitamos também para ressaltar que embora nossa posição atual é a veiculada na conclusão acima, continuamos estudando o assunto especialmente em face do disposto no art. 83 do CDC.

¹⁹ *Cód. Bras. de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 552.

²⁰ Idem, Ibidem, p. 543. Todavia, Ada Pellegrini Grinover não afirma categoricamente que a única pretensão dedutível em juízo nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos poderá ser a de condenação pecuniária.

²¹ A Defesa dos interesses Difusos em Juízo, apud Rodolfo de Camargo Mancuso; *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 288.

²² *Comentários ao Código de Processo Civil*; Vol I; pp. 64/65.

²³ *Legitimação para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, pp. 132/133.

²⁴ Apud, Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 133.

²⁵ *Para um estudo pormenorizado*, Donaldo Armelin, op. cit., p. 123 e seguintes.

²⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 318.

²⁷ Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, Vol. 1, p. 516.

²⁸ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 557.

²⁹ Arruda Alvim ao tratar do legitimado extraordinário (sob a denominação de substituto processual) reconhece que o rol de direitos processuais fica afeto ao substituto processual, todavia, certos direitos “*são insuscetíveis de transferência ... assim, os atos que impliquem disposição de direito, ou que a possam acarretar como a transação, exemplificativamente, não poderão ser praticados pelo substituto, sem a manifestação da vontade do substituído...*”. *Tratado de Direito Processual Civil*, Vol. 1, p. 518.

³⁰ Comunga desta conclusão Hugo Nigro Mazzilli, embora esclare que na prática não é o que se tem constatado. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, pp. 156/160.

³¹ “*A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos*”, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 5, p. 216.

³² “*Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores*”, in *COAD - 1986* - p. 9, apud Rodolfo de Camargo Mancuso, *Coment...*, p. 323.

³³ Hugo Nigro Mazzilli entende que não é atribuição constitucional do Ministério Público (arts. 127, *caput* e 129, III) a defesa dos interesses individuais homogêneos, mas sim apenas e tão somente os direitos coletivos e difusos. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, pp. 70/72. De opinião contrária, Nelson Nery Jr. sustenta a legitimidade constitucional do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos, embasando-se nos arts. 127, *caput* e 129, IX combinados com o art. 1º do CDC. “*Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*”, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 1, pp. 202/203.

Admitindo a tese exposta por Nelson Nery Jr., inclusive tratando do questionamento de taxa de iluminação acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 49.272-RS, 1ª Turma, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, v.u.: e m e n t a

Processual civil. ação civil publica para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. taxa de iluminação publica. Possibilidade. A Lei n. 7.345, de 1985, e de natureza essencialmente processual, limitan-

do-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no título iii do código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078/90). É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. O artigo 21 da Lei n. 7.345, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da Lei n. 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública a defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o ministério público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercita-la (artigo 81, parágrafo único, iii, da Lei 8.078/90). Os interesses individuais, “in casu”, (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - “a ação coletiva”. O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais nos. 25/77 e 272/85 são anteriores a constituição do estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. decisão unânime. “ (*In JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva*, Saraiva Data, CD-ROM nº 13)

³⁴ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 547.

³⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentário...*, pp. 317/318.

³⁶ *Interpretação das Leis Processuais*, p. 29.

³⁷ Para uma análise mais profícua: Francisco Antonio de Oliveira, “Da Ação Civil Pública: Instrumento de Cidadania – Inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997.”, *in RT 744*, pp. 31 e seguintes; José Marcelo Menezes Vigliar, “A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade.”, *in RT 745*, pp. 67 e seguintes; Luiz Eduardo Guimarães Bojart, “Ação Civil Pública: Limitação ou Controle Constitucional? Limitação”, *in CD-ROM – Revista Jurídica Consulex 97 – jan/dez*.

³⁸ Alguns argumentos complementares serão lançados no capítulo seguinte.

³⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ...*, p. 319.

⁴⁰ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 128.

⁴¹ Ada, Araújo Cintra e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 226.

⁴² *Cód. Bras. de Defesa do Consumidor Comentado*, p. 548.

⁴³ *Coment...*, pp. 246/247.

⁴⁴ Ada Pellegrini Grinover, *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, pp. 548/549.

⁴⁵ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento tem o mesmo posicionamento, todavia não empregando os fundamentos constitucionais expostos. *Comentários ao Código do Consumidor*, pp. 108/109.

⁴⁶ Ada, op. cit., p. 550. Rodolfo de Camargo Mancuso após uma profunda análise dos institutos da jurisdição e competência, conclui, pelo que entendemos, que no caso dos incisos I e II esta competência é de natureza absoluta (*Coment...*, pp. 319/322), todavia ousamos divergir do doutrinador, com base nos argumentos anteriormente expostos. Um argumento muito utilizado é o de que no art. 2º da lei 7347/85, inobstante o critério de competência ser o do local do dano, estabeleceu expressamente que a competência é funcional. Primeiramente, o CDC não repetiu a expressão competência funcional da LACP, e em segundo lugar o fato local do dano é expressão inequívoca de competência territorial, como salienta Celso Agrícola Barbi “as causas são, então, atribuídas aos juízes, não pela sua natureza, mas pela circunstância de coincidir algum elemento dela com a circunscrição territorial em que o juiz tem competência.” (*Coment...*, p. 254).

⁴⁷ Equívoco agravado pela nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, já tratado no capítulo anterior.

⁴⁸ Ada, Araújo Cintra e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 226.

⁴⁹ Ada Pellegrini Grinover, *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, p. 551.

⁵⁰ *Coment...*, p. 326.

⁵¹ *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, p. 552.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 552.

⁵³ José Rogério Cruz e Tucci, “Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo.

⁵⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Coment...*, p. 323.

⁵⁵ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 553.

⁵⁶ Ada Pellegrini Grinover, “Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”, in *Direito do Consumidor*, Vol. 5, p. 216.

⁵⁷ Ou a hipótese prevista no artigo 100 do CDC; para um estudo

sobre a “fluid recovery” prevista no artigo citado - Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, pp. 562/565 e Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, pp. 345/349.

⁵⁸ *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, p. 185.

⁵⁹ Apelação Cível nº 138.862/1, in *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 13/91, pp. 273/276.

60 Salienta Nelson Nery Jr. que o CDC é um microssistema próprio que não pode ser contaminado por princípios fundamentais de outros ordenamentos jurídicos - *op. cit.*, p. 211.

⁶¹ Execução Civil, p. 553.

62. *Op.cit.*, pp. 553/554.

63 Ada Pellegrini Grinover, *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, p. 554.

64 O que levou Cândido Rangel Dinamarco a reconhecê-la como “*especialíssimo processo de liquidação por artigos*”, mais amplo que a autêntica e tradicional liquidação do Código de Processo Civil. - Execução Civil, p. 553.

65 Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 556.

⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, p. 557. Contrariamente, Camargo Mancuso entende que é caso de legitimação extraordinária, *op. cit.*, pp. 336/337.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 559.

⁶⁸ *Coment...*, p. 334/3355.

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover, *Op. cit.*, p. 560.

⁷⁰ Negrito nosso.

⁷¹ *Coment...*, p. 339.

⁷² Conforme já tratamos anteriormente.

⁷³ *Coment...*, p. 339.

⁷⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Coment...*, p. 344.

⁷⁵ *Cód. Bra. de Def. do Cons. Coment.*, pp. 562/565.

⁷⁶ *Coment...*, pp. 345/346.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 563/564

⁷⁸ *Coment...*, pp. 345/346.

⁷⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pp. 209/211.

⁸⁰ José Rogério Cruz e Tucci, “*Class Actio*” e *Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 23/26.

⁸¹ Nos Estados Unidos esta questão ainda é muito debatida: no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* exigiu-se a notificação pessoal dos membros da class; no caso *Richland v. Cheatham* exigiu-se a notificação pessoal, mas pelo correio e no caso *Both v. General Dynamics Corp.* no qual o demandante demonstrou a desproporcional despesa que seria necessária para a notificação de todos os contribuintes, admitiu-se a feitura por edital, por entender a Corte que a notificação pessoal se constituiria em mais do que “razoável esforço”. Apud José Rogério Cruz e Tucci, op. cit., p. 25.

⁸² *Cód. Bras. de Def. do Cons. Coment.*, p. 565.

⁸³ Apud Rodolfo de Camargo Mancuso, *Coment...*, p. 349.

⁸⁴ “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 23.

⁸⁵ Acesso à Justiça, p. 161.

⁸⁶ Termo utilizado por Arruda Alvim, “*Anotações Sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao Lado do Direito Material*”, in *Revista de Direito do Consumidor*, p. 76.